

Mariusz KOPCZYŃSKI*

OTTO VON GIERKE O SPORZE MIĘDZY NURTAMI GERMAŃSKIM I ROMAŃSKIM W NIEMIECKIEJ HISTORYCZNEJ SZKOLE PRAWA

(Streszczenie)

Celem artykułu jest prezentacja fenomenu niemieckiej szkoły historycznej, widzianej oczyma niemieckiego historyka i teoretyka prawa profesora Ottona von Gierke. Jest to perspektywa o tyle ciekawa, iż berliński profesor był uczestnikiem komentowanych wydarzeń (w schyłkowej ich fazie), co jednak w niewielkiej tylko mierze rzutowało na obiektywizm czynionych ocen. Co więcej, świeżość i prawie bezpośredniość relacji niemieckiego myśliciela jest bardzo cenną wartością.

Autor artykułu omawia genezę i ewolucję szkoły będącej w istocie kontaminacją dwóch nurtów refleksji prawniczej: romanizmu i germanizmu. W różnych okresach owe kierunki albo pozostawały ze sobą w symbiozie, albo (najczęściej) namiętnie się zwalczały, niwecząc prymarną jedność Historische Rechtsschule. Obydwa odegrały bardzo ważną rolę w dziejach niemieckiej refleksji prawniczej. Ostateczny kształt centralnej kodyfikacji niemieckiego prawa prywatnego, jakim był BGB, to właśnie owoc ścierania się koncepcji sformułowanych w łonie tej szkoły.

Poniższy artykuł jest relacją zarówno z tamtych zaszłości, jak i podsumowaniem stanu badań nad Gierkem i szkołą historyczną w nauce polskiej.

Słowa kluczowe: Gierke; niemiecka szkoła historyczna prawa; romaniszczyzna; germaniszczyzna

1. Wstęp

Otto Gierke (od nobilitacji przez cesarza w 1911 r. Otto von Gierke, 1841–1921) był jedną z najwybitniejszych postaci z grona prawników dziewiętnastowiecznych Prus i Niemiec, zajmujących się teorią i historią prawa, zwłaszcza prawa prywatnego. Kierunek, jaki reprezentował, nazywamy historyczno-prawnym,

* Dr, pracownik samorządowy, uczestnik seminarium w Katedrze Doktryn Polityczno-Prawnych UŁ; e-mail: drmario@interia.pl

a jego formę organizacyjną: niemiecką historyczną szkołą prawa (*deutsche historische Rechtsschule*), noszącą też miano historycznej szkoły nauki prawa (*geschichtliche Schule der Rechtswissenschaft*). Słusznie jej geneza kojarzona jest z postacią Friedricha von Savigny'ego (1779–1861), a ściślej z jego polemiką z Antonem Friedrichem Justusem Thibautem (1772–1840) zwolennikiem szybkiej kodyfikacji prawa niemieckiego. Jednak nieodmienną cechą towarzyszącą dziejom tej formacji intelektualnej był jej wewnętrzny dualizm dochodzący do głosu prawie zawsze, z różnym jedynie natężeniem. Dwoma bowiem filarami szkoły byli z jednej strony romaniści, którzy uważali, że recypowane prawo rzymskie odpowiada duchowi narodu (*Volksgeist*), oraz germaniści, którzy głosili, że cechy te spełnia niemieckie średniowieczne prawo sprzed recepcji.

Gierke był po śmierci Georga Beselera (28 VIII 1888 r.) czołowym przedstawicielem nurtu germanistycznego. Na gruncie teorii prawa wypracował koncepcję organiczną, był postulatorem takiego kształtu prawa prywatnego, aby uwzględniało ono również społeczny (wspólnotowy) kontekst, przeciwnikiem tak teorii prawa natury i umowy społecznej, jak i pozytywizmu prawniczego; jego *opus magnum* to czterotomowe *Das deutsche Genossenschaftsrecht* (Berlin 1868, 1873, 1881, 1913).

W poniższym artykule poznamy Gierkego w roli komentatora namiętnych polemik ideowych w łonie niemieckiej szkoły historycznej. Jego interpretacje sporów, które są przedmiotem niniejszego artykułu, mają również i ten walor, że wyszły spod pióra bezpośredniego uczestnika tamtych wydarzeń w ich końcowej fazie.

Jak zauważył kiedyś polski badacz: „ważne postacie w życiu szkół, to «odszczepieńcy» bądź wprost atakujący «mistrza», bądź tylko oddalający się od jego poglądów”¹. Czy germaniści byli owymi „odszczepieńcami” ilekroć wazyli się polemizować z poglądami Friedricha Carla von Savigny'ego, a może to „mistrz” odszedł od swych pierwotnych zapatrywań, a tamci jako strażnicy ortodoksji fakt ten mieli mu za złe? Poszukiwanie satysfakcjonującej odpowiedzi na powyżej zasygnalizowaną kwestię zapewne wiązać się winno z preferowaniem świadectw autorów bieglej w problematyce, a jednocześnie nieuwikłanych po którejkolwiek ze stron konfliktu. Jednakże dbałość o warunki wyjściowe w postaci zapewnienia obiektywizmu ocen nie stanowi układu odniesienia dla poniższego tekstu. Celem nadrzędnym poniższego artykułu jest bowiem prezentacja konfliktu, jaki towarzyszył losom owej formacji intelektualnej, nazywanej

¹ K. Opalek, *Szkoły w teorii prawa*, w: J. Goćkowski, A. Siemianowski (red.), *Szkoły w nauce*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1981, s. 117.

przez niektórych badaczy szkołą „profesorską”², z perspektywy uczestnika tamtych zdarzeń, i to nie pośledniego, będącego co prawda w jej późnym okresie, ale jednym z czołowych reprezentantów jednej ze spierających się frakcji, na jakie podzielili się juryści i teoretycy prawa stojący na gruncie historyzmu. Otto von Gierke, autor olbrzymiej ilości książek i jeszcze większej artykułów naukowych³, jedną z prac, a mianowicie *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*⁴, poświęcił analizie interesujących nas kwestii.

Pragnę zaznaczyć, iż analizowane w niniejszym artykule zagadnienia ograniczone zostały do tegoż właśnie, wygłoszonego w poniedziałek 3 sierpnia 1903 r. w auli berlińskiej uczelni, noszącej wówczas nazwę Uniwersytet Fryderyka Wilhelma (*Friedrich-Wilhelms-Universität*), wykładu. Okazją do zaprezentowania poglądów przez profesora Gierkego stało się roczne święto pamięci o patronie uczelni (*Gedächtnisfeier*)⁵.

Głównym celem artykułu jest prześledzenie losów szkoły historycznej od jej rudymentów poprzez etap klarowania się przeciwstawnych stanowisk w jej łonie aż do dojrzałej postaci, gdy jak żadna inna wpływała ona na główne kierunki ówczesnego niemieckiego dyskursu prawniczego. W tym celu przewodnikiem uczyniłem profesora – prelegenta Ottona von Gierke, komentatora, ale i uczestnika referowanych zdarzeń, *par excellence* człowieka tamtej epoki. Jest to istotne, gdyż po wiekopomnym doświadczeniu roku 1871 stało się rytuałem, któremu nie zwykło się uchybiać, aby zabierający głos na jakikolwiek temat nie pozostawiał wątpliwości co do swych uczuć do zjednoczonej ojczyzny. Rygoryzm ten nie ominął również środowiska uczonych jurystów, którzy zagadnie-

² Jak zauważa profesor Henryk Olszewski, wszyscy czołowi reprezentanci szkoły „wykonywali profesorskie funkcje w niemieckich uniwersytetach: Gustaw von Hugo (1764–1844) był profesorem w Getyndze, Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) profesorem i rektorem uniwersytetu berlińskiego, Friedrich Eichhorn (1781–1854) profesorem uniwersytetów we Frankfurcie n. Odrą, w Getyndze i w Berlinie, zaś Georg Friedrich Puchta (1798–1846) był profesorem w Monachium, Marburgu, Lipsku i Berlinie” (**H. Olszewski**, *Historia Doktryn Politycznych i Prawnych*, PWN, Warszawa 1982, s. 239).

³ Pełna ich numeracja znajduje się w następującym artykule: **M. Kopczyński**, *Reforma ustroju miast pruskich barona vom und zum Steina z 19 listopada 1808 roku w organistycznej interpretacji Ottona von Gierke*, *Studia Prawno-Ekonomiczne* 2015/XCVI, s. 101–102, przyp. 21.

⁴ **O. v. Gierke**, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten. Rede zur Gedächtnisfeier des Stifters der Berliner Universität König Friedrich Wilhelm III in der Aula derselben am 3. August 1903 gehalten*, Buchdruckerei von G. Schade (O. Francke), Berlin 1903.

⁵ Był nim Fryderyk Wilhelm III – król Prus w latach 1797–1840, a święto uczelni obchodzono w rocznicę jego urodzin (ów piąty król z dynastii Hohenzollernów przyszedł na świat 3 VIII 1770 r. w Poczdamie).

nia *stricte* prawne chętnie wyrażali językiem zaangażowanej polityki, co ma ten skutek dla poniższego artykułu, że może się on wydać bogatszy w warstwie ideologicznych niż prawniczych dociekań, co jednak było nie do uniknięcia.

2. Stan badań – przegląd stanowisk

Nie byłoby uprawnionym stwierdzenie, że fenomen niemieckiej szkoły historycznej w prawie jest problematyką w polskim dyskursie naukowym nieobecną. Jednak dwie kwestie trzeba zasygnalizować na samym początku.

Po pierwsze, ożywiona debata na temat dziejów i istoty tej formacji intelektualnej toczyła się stosunkowo dawno, na przełomie lat pięćdziesiątych i sześćdziesiątych. Od tej pory powstało wiele znaczących prac na ten temat, głównie w Niemczech, ale również i w Polsce⁶, do których, rzecz jasna, wówczas piszący nie mogli sięgnąć. Po drugie, temporalne umiejscowienie tej debaty przesądziło o sposobie doboru argumentacji, a zwłaszcza o języku prezentowanych zagadnień, bez reszty podporządkowanemu schematom opisującym starcie „wstępującej” burżuazji z „odchodzącą” klasą feudałów. Autorzy polscy starali się odpowiedzieć, który nurt owej szkoły: romanistyczny czy germanistyczny przejawiał cechy „postępowe”, a który, *a contrario*, scharakteryzować należy jako „reakcyjny”. Powyższe okoliczności odcisnęły swe piętno w warstwie narracyjnej – nie tylko dowiadujemy się, że firmujący tę formację uczeni to ludzie „wsteczni w tendencjach społeczno-politycznych”, ale że i cała *Historische Rechtsschule* ukształtowała się „w atmosferze strachu klas posiadających przed burżuazyjnymi przemianami o charakterze rewolucyjnym”, a ów „strach” był *ratio* jej powstania.

Wykształciły się dwie grupy stanowisk: Jerzy Wróblewski i Kazimierz Opałek⁷ eksponowali „wsteczność” romanistów, dla Konstantego Grzybowskiego⁸, Katarzyny Sójki-Zielińskiej⁹ i Stanisława Salmonowicza¹⁰ ewidentne

⁶ Mam na myśli artykuły: **M. Martinek, J. Poczobut**, *Friedrich Karl von Savigny (1779–1861). Życie i dzieło*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2007/XVI/1, s. 5–36 oraz **idem**, *Otto von Gierke (1841–1921). Życie i dzieło*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2008/XVII/2, s. 313–348.

⁷ **K. Opałek, J. Wróblewski**, *Niemiecka szkoła historyczna w teorii prawa*, Przegląd Nauk Historycznych i Społecznych 1954/V.

⁸ **K. Grzybowski**, *O miejscu niemieckiej szkoły historycznej w rozwoju nauki prawa*, Czasopismo Prawno-Historyczne 1956/VIII/2.

⁹ **K. Sójka-Zielińska**, *W sprawie oceny romanistycznego i germanistycznego kierunku szkoły historycznej w niemieckiej nauce prawa I połowy XIX w.*, Czasopismo Prawno-Historyczne 1959/XI/2.

¹⁰ **S. Salmonowicz**, *Rec. Fryderyk Karol von Savigny, O powołaniu naszych czasów do ustawodawstwa i nauki prawa*, Warszawa 1964, Czasopismo Prawno-Historyczne 1965/XVII/1.

były natomiast związki germanistów z formacją feudalną. Niedawno dyskusję tę przypomniał i zrelacjonował Grzegorz Jędrejek w swym artykule¹¹.

Skrajność ferowanych wówczas opinii nie umniejsza faktu, że pomijając kilka mniej istotnych wcześniejszych publikacji¹², były to ujęcia pionierskie w Polsce. Właśnie tam dokonano wstępnej analizy poglądów głównych przedstawicieli szkoły, wprowadzono wewnętrzną systematykę, jak również usytuowano szkołę w odniesieniu do innych kierunków wiodących nie tylko w jurysprudencji. Ujęto w język doktryny prawa i filozofii prawa rozgrywające się tam pojedynki intelektualne. Najkrócej ujmując, po raz pierwszy w języku polskim podjęto się naukowego opisu tej dominującej w XIX-wiecznych Niemczech przez pewien czas szkoły.

3. Początek szkoły i jej cele

Jak zawsze omawiając jakiś fenomen historyczny, zwykło się szukać jego momentu inicjalnego, owego *terminus a quo*. W polskiej literaturze przedmiotu wskazuje się na 1814 r.¹³ Jest to moment, kiedy w Berlinie, w wydawnictwie Nicolaische Buchhandlung ukazał się pierwszy numer wpływowego periodyku naukowego, noszącego tytuł „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft“. Są to również czasy namiętnego i głośnego sporu między Thibautem (żądanym kodyfikacji prawa na obszarze całych historycznych Niemiec) a Savigny’em krytykującym ahistoryczność, a co najmniej przedwczesność takiej koncepcji¹⁴. Gierke bierze pod uwagę kilka odmiennych momentów, mianowicie rok ukazania się *Das Recht des Besitzes*¹⁵ Savigny’ego (1803) lub rok 1808, kie-

¹¹ **G. Jędrejek**, *Kilka uwag dotyczących oceny niemieckiej szkoły historycznej w polskiej nauce prawa*, *Czasy Najnowsze* 2001/11 (12), s. 59–74.

¹² W przeszłości szkołą historyczną zajmował się przy okazji badań nad Savigny’em profesor prawa międzynarodowego na Uniwersytecie Lwowskim Gustaw Roszkowski (1847–1915). Zob. **idem**, *Pogląd na naukę Fr. K. Savigny ze stanowiska filozofii prawa*, K. Budweiser, Kraków 1871 oraz *O życiu Fryderyka Karola Savigny*, Zakłady S. Orgelbranda Synów, Warszawa 1872. Wymienić jeszcze należy Wacława Harasymowicza; zob. **idem**, *Zasadnicze rysy historycznego kierunku nauki prawa w świetle poglądów Savigny’ego*, Drukarnia K. Kowalewskiego, Warszawa 1892.

¹³ **K. Opalek**, *Szkoły w teorii prawa...*, s. 125.

¹⁴ Carl von Savigny wydał *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* – błyskotliwą refutację tez zawartych w *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* Antona Friedricha Justusa Thibauta (1772–1840) (skądinąd obydwie prace ukazały się w tym samym roku i w tym samym wydawnictwie).

¹⁵ **F.C.v. Savigny**, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*, Verlag von G.F. Heyer, Gießen 1803. Najobszerniejsze dzieło, jakie wyszło spod pióra Savigny’ego, to natomiast: *System des heutigen Römischen Rechts*, t. 1–8, Bei Veit und Comp, Berlin 1840–1849.

dy światło dzienne ujrzał pierwszy tom *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*¹⁶ Eichhorna. Ostatecznie wskazuje na moment nieco późniejszy, gdy wyżej wymienieni autorzy „spotkali się w Berlinie” i „było to epokowym wydarzeniem, [...] że zostało świadomie postawione jako cel jego przeforsowanie w ramach walki przeciwko prawu natury, i że została zawiązana zewnętrzna więź powiązań z poprzednikami”¹⁷. Owo „spotkanie” dotyczy oczywiście chwili, gdy obydwaj uczeni zainicjowali swoje wykłady na Berliner Universität (*Alma Mater Berolinensis*)¹⁸.

Poza tym Gierke wskazuje zadania *Historische Rechtsschule* w kontekście przeciwdziałania popularnym wówczas poglądom szkoły prawa natury. Skądinąd adepci metody prawnohistorycznej byli zdystansowani również i wobec pozytywizmu prawniczego, a Gierke jednoznacznie deprecjonował „goły pozytywizm, dla którego prawo w danym akcie prawnym i wymiar sprawiedliwości realizuje się w rękodzielniczej technice”¹⁹.

Pozytywizm, choć też doczekał się kilku swych wersji, nie budzi jednak tylu namiętnych sporów, które towarzyszą próbom zdefiniowania prawa natury. Jak zauważa Szyszkowska: „Zdarza się najczęściej, że zagorzali głosiciele nieistnienia prawa natury są przeciwnikami jakiejś, znanej im, teorii tego prawa. Nie zdają sobie sprawy z możliwości jego odmiennego pojmowania. Stąd też zwalczanie teorii prawa natury i jego wyznawców jest zazwyczaj grą pomylek”²⁰. Więc przeciw jakiemu prawu natury wytoczono działa? Nie przeciw prawu natury o zmiennej treści, wszak teorie Stammlera czy Petrażyckiego to jeszcze melodia odległej przyszłości, lecz gdy już się pojawią i tu wrogość zdominuje wzajemne relacje, dodajmy obustronna, *vide*: skrajna krytyka Petrażyckiego, zwłaszcza germanistycznego nurtu szkoły²¹. Natomiast na daną chwilę

¹⁶ **K.F. Eichhorn**, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte* (t. 1–4, 1808–1823), Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1808.

¹⁷ **O. v. Gierke**, *Die historische Rechtsschule...*, s. 6.

¹⁸ Czyli późniejszego (od 1828 r.) Friedrich-Wilhelms-Universität, dokąd Eichhorn przybył właśnie z rozwiązanego Brandenburgische Universität Frankfurt, a Savigny z Universität Landshut, co miało miejsce w roku 1811.

¹⁹ *Ibidem*, s. 34.

²⁰ **M. Szyszkowska**, *Europejska filozofia prawa*, wyd. drugie, C.H. Beck, Warszawa 1995, [1993¹], s. 90.

²¹ Główne dzieła przytoczonych autorów to: **R. Stammler**, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Eine sozialphilosophische Untersuchung*, Verlag von Veit & Comp., Leipzig 1896 oraz **L. v. Petrażycki**, *Die Lehre vom Einkommen. Von Standpunkt des gemeinen Civilrechtes unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, (t. 1–2), Verlag H.W. Müller, Berlin 1893–1895; zob. też:

(1811) w grę może wchodzić jedynie niezmiennie prawo natury. Ale przecież pod tym pojęciem mieszczą się tak odmienne kierunki, jak chrześcijańska koncepcja prawa naturalnego (św. Augustyn, *De libero arbitrio*; Akwinata, *Traktat o prawie*)²², a z drugiej strony całkowicie zlaicyzowana, fundowana na gruncie empiryzmu i racjonalizmu, dla których „wspólna była mechanistyczna, indywidualistyczna i kontraktualistyczna interpretacja prawa”²³, tak zwana mieszczkańska szkoła praw natury. Ta druga wiązana jest z wystąpieniem Grocjusza²⁴, a na terenie Rzeszy kształtowana przez Pufendorfa, Thomasiusa i Wolffa. Trzeba pamiętać, że termin „jusnaturalizm” spaja kłamrą obydwa skrajne ujęcia. Cóż więc, precyzyjniej rzecz ujmując, ma na myśli berliński profesor, wskazując na wrogi stosunek współtwórców szkoły do prawa natury?

Gierke swój stosunek do koncepcji prawa natury uważa za tożsamy z prze-myśleniami animatorów środowiska *Historische Rechtsschule*, wyraził go w słynnej mowie uniwersyteckiej przed dwudziestu jeden laty w Breslau (Wrocławiu)²⁵. Tu natomiast daje nam jedynie istotną wskazówkę. „Prawnonaturalne wyobrażenia jednego prawa obowiązującego wszystkie narody – mówi Gierke – w każdym czasie, którego odsłonięcie jest sprawą oświecającego rozumu (*aufklärenden Vernunft*), a którego urzeczywistnienie jest sprawą postępującego ustawodawstwa, zostało naukowo przewyciężone”²⁶. Choć brak bezpośrednich odniesień do tomizmu, trudno wyobrazić sobie, aby ludzie apoteozujący niepowtarzalność czynnika etnicznego w powstawaniu wyobrażeń prawnych, odczuwali specjalną predylekcję do konstrukcji, dla których prawo rodzime to „prawo znajdujące się najniżej w hierarchii triady prawa”²⁷ (poniżej wiecznego i naturalnego prawa). A i tę skromną przestrzeń dzielące z pozytywnym prawem bożym (*lex divina*).

J. Kowalski, *Psychologiczna teoria prawa i państwa Leona Petrażyckiego*, PWN, Warszawa 1963, s. 10.

²² Obszerniej: ks. **D. Drapiewski**, *Prawo naturalne w ujęciu św. Tomasza z Akwinu*, *Perspectiva*. Legnickie Studia Teologiczno-Historyczne 2005/IV/2, s. 19–25.

²³ **R. Wojtyszyn**, *Szkola prawa natury – od Hugona Grocjusza do Johna Locke’a*, http://mises.pl/pliki/upload/Radoslaw_Wojtyszyn_Szkola_prawa_natur_od_Hugona_Grocjusza_do_Johna_Lockea.pdf; stan na 29.12.2017 r.; tekst pierwotnie publikowany w: *Studia Erasmiiana Wratislaviensia* = Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Zeszyt Naukowy studentów, doktorantów i pracowników naukowych Uniwersytetu Wrocławskiego 2007, s. 49–63.

²⁴ **H. Grotii**, *De Jure Belli ac Pacis, libri tres, In quibus ius naturae & Gentium: item iuris publici precipitae explicantur*, Apud Nicalaum Buon, Parisiis MDCXXV (Paris 1625).

²⁵ **O. v. Gierke**, *Naturrecht und Deutsches Recht. Rede zum Antritt des Rektorats der Universität Breslau am 15. Oktober 1882 gehalten*, Verlag Rütten & Loening, Frankfurt am Main 1883.

²⁶ **O. v. Gierke**, *Die historische Rechtsschule...*, s. 6.

²⁷ **M. Maciejewski**, *Doktrynalne ujęcia relacji prawo naturalne – prawo stanowione od starożytności do czasów oświecenia*, *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa* 2015/8/2, s. 119.

Kolejna kwestia inicjalna wywołana przez Gierkego dotyczy poprzedników szkoły, ideowych pobratymców, do których można by *toutes proportions gardées* nawiązać. Berliński profesor powołuje się na ustalenia Savigny'ego w tej materii. Ten zaś głosił, że jego poprzednikiem (*Vorgänger*) był pochodzący z Księstwa Biskupiego Osnabrück (*Fürstbistum Osnabrück*) czołowy przedstawiciel niemieckiej przedrewolucyjnej myśli konserwatywnej Justus Möser, a mistrzem (*Lehrmeister*) Gustav von Hugo²⁸. Sam od siebie Gierke proponuje poszerzyć jeszcze owo grono poprzez dodanie Herdera, który, jak stwierdza, „prawo obok religii i języka podporządkował nowemu zasadniczemu oglądowi”²⁹.

Powyższa enumeracja różni się znacząco od ustaleń zadomowionych w nauce polskiej, przede wszystkim Opalka i Wróblewskiego, zwłaszcza gdy mówią o wielkim wpływie autora *O duchu praw*³⁰. Oczywiście Monteskiusz bliski jest przedstawicielom szkoły sytuacyjnie, wtedy gdy np. głosi, że prawa winny: „być tak swoiste dla narodu, dla którego są stworzone, iż rzadki to traf, aby prawa jednego narodu mogły nadawać się drugiemu”³¹. Ale przecież ten sam autor głosi, i jest to o wiele donioślejszy, bo fundamentalny dla jego koncepcji, pogląd, że: „Przed wszystkimi tymi prawami są prawa natury...”³². A to już nie zbieżność, lecz αντίθετες.

4. Od „chłodnej koegzystencji” do „otwartej waśni”. U źródeł konfliktu wewnętrznego

Jak każdy ruch intelektualny również i szkoła potrzebowała trybuny do wewnątrzśrodowiskowych dyskusji, ale także formułowania i propagowania swych ideałów w odniesieniu do świata zewnętrznego. W tej roli świetnie się sprawiło wpływowe „Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft“ (ZGR) („Cza-

²⁸ Opus magnum Mösera to: *Patriotische Phantasien*, t. 1–4, bey Friedrich Nikolai, Berlin 1775–1786. Więcej na temat postaci w najnowszej monografii: T. Heese, M. Siemsen (wyd.), *Justus Möser 1720–1794. Aufklärer, Staatsmann, Literat*, Rasch Druckerei und Verlag, Bramsche 2013. Natomiast postać Gustava von Hugo – autora siedmiotomowego *Lehrbuch eines civilistischen Cursus* (1792–1821), nazywanego przez krytykującego go Marksa praojcem (*Altwater*) szkoły, stosunkowo obszernie i z bliskiej perspektywy temporalnej omówiona jest w artykule: O. Mejer, Hugo, Gustav, w: *Allgemeine Deutsche Biographie* (ADB, t. 1–56, 1875–1912 Leipzig, reprint: 1967–1971), t. 13, Duncker & Humboldt Verlag, Leipzig 1881, s. 321–328.

²⁹ O. v. Gierke, *Die historische Rechtsschule...*, s. 5.

³⁰ K. Opalek, J. Wróblewski, *Niemiecka szkoła...*, s. 303. Wydanie oryginalne: Ch. de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Chez barrillot & Fils, Genève 1748.

³¹ Ch.L. de Secondat Montesquieu, *O duchu praw*, wyd. 3, Wydawnictwo Antyk-Marek Derewiecki, Kęty 1997, s. 17.

³² *Ibidem*, s. 15.

sopismo Historycznej Nauki Prawa”)³³ z udziałem takich prawniczych sław jak Savigny, ale także wydawców źródeł prawa rzymskiego: Göschena i Eichhorna³⁴. Były to czasy udanej symbiozy zanim jeszcze rozbieżności zrodziły dwa nurty: romanistyczny i germanistyczny wzajemnie się od siebie oddalające. „Pierwotnie wydawało się – pisze Gierke – że wraz z założeniem szkoły historycznej przeciwieństwo między romanistyczną i germanistyczną nauką prawa, które nasiliło się od czasu ożywienia studium nad rodzimym prawem, zaniknie w harmonijnym współistnieniu. Nie nastrój wojenny, lecz zgoda przepełniała pierwsze oświadczenia. Narodził się wszak nowy kierunek z narodowego entuzjazmu (*nationalen Begeisterung*) z czasów wojny wyzwoleniczej”.

Niestety ten niezmacony stan równowagi nie miał dla siebie wieczności, a tylko jedenaście kolejnych lat, co widzimy w kontekście roku 1825 – nowej, bardzo ważnej cezury w dziejach szkoły, kiedy to Falck³⁵ w Heidelbergu rozpoczął edycję nowego periodyku: „Eranien zum deutschen Recht mit Urkunden”³⁶. Wagę tego faktu podkreślają zarówno polscy badacze, co i ze swej perspektywy Otto von Gierke. Jednak K. Sójka-Zielińska³⁷ za ważniejszy od roku 1825 i pojawienia się „Eranien...” uznaje moment, gdy światło dzienne ujrzał pierwszy numer „Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft” („Czasopisma Prawa Niemieckiego i Niemieckiej Nauki Prawa”). Gierke natomiast uważa, że ze względu na jednoznacznie germanistyczny charakter „Eranien...”, jak i fakt bardzo silnych kontrowersji między nurtami już w latach dwudziestych inicjację organizacyjnej odrębności obu nurtów wiązać

³³ Pierwszy tom (zresztą jak wszystkie pozostałe) ukazał się nakładem berlińskiego Nicolaische Buchhandlung w 1815 r. – to nowy kamień milowy w rozwoju formacji. Łącznie ukazało się piętnaście tomów (ostatni w 1852 r.), przy czym od tomu VIII (1835) zamiast Göschena w roli współwydawcy pojawia się profesor historii prawa rzymskiego Clemens August Carl Klenze (1795–1838), a od tomu X z kolei miejsce Klenzego zajął jego berliński kolega prof. Adolf August Friedrich Rudorff (1803–1873).

³⁴ Johann Friedrich Ludwig Göschel (1778–1837) nazywany przez polskich autorów „trzecim założycielem szkoły”, zob. **idem**, *Gaii Institutionum commentarii IV*, Verlag Georg Reimer, Berolini MDCCCXX (Berlin 1820); zob. też artykuł: **E.J.H. Steffenhagen**, *Göschel, Friedrich Johann Ludwig*, w: ADB, t. 9, Leipzig 1879, s. 403. Natomiast więcej o Eichhorne w artykule: **F. Frensdorff**, *Eichhorn, Karl Friedrich*, w: ADB, t. 6, Leipzig 1877, s. 469–481.

³⁵ Niels Nikolaus Falck (1784–1850) – profesor prawa z uczelni kilońskiej (Christian-Albrechts-Universität zu Kiel). Więcej o tej postaci: **U. Schliesky**, *Niels Nicolaus Falck (1784–1850). Die Versöhnung von Politik und Recht*, w: **W. Knelangen, T. Stein** (wyd.), *Kontinuität und Kontroverse. Die Geschichte der Politikwissenschaft an der Universität Kiel*, Klartext Verlag, Essen 2013, s. 127–147.

³⁶ Ukazały się tylko trzy tomy: II – 1826, III – 1828.

³⁷ **K. Sójka-Zielińska**, *W sprawie oceny romanistycznego...*, s. 132.

należy już z uruchomieniem „Eranien...“, choć przyznaje, że był to „skromny początek”³⁸. Z pewnością do skromnych nie należał nowy wysiłek wydawniczy – wspomniany „Zeitschrift für deutsches Recht...“, zainicjowany w Lipsku w 1839 r.³⁹ z głównymi animatorami w osobach Reyschera oraz Wildy⁴⁰, potem Beselera⁴¹.

Jak komentuje tamte wydarzenia Gierke? „Dopiero w 1837 – stwierdza – zyskał plan zebrania niemiecko-prawnych dążeń w nowej twardej postaci i został urzeczywistniony w błyskotliwy sposób dzięki wydawanemu przez Reyschera i Wildę «Zeitschrift für deutsches Recht», którego trzy pierwsze tomy ukazały się do 1839 r. Tym samym dano sygnał do walki”⁴². Gierke myli tu rok i liczbę tomów, nie to jednak najważniejsze. „Niepodważalnie atak wyszedł – kontynuuje – ze strony germanistów. Otworzył go Reyscher gwałtownymi przyczynkami natury programowej. Bluntschli⁴³ wystąpił jednocześnie z pismem o nowszych szkołach prawa niemieckich jurystów, przyłączył się Beseler, by w roku 1843 swą pracą «Volksrecht und Juristenrecht»⁴⁴ poważić się

³⁸ O. v. Gierke, *Die historische Rechtsschule...*, s. 13.

³⁹ Wszystko nakładem Verlag von Otto Wigand. Tym razem ukazało się aż dwadzieścia tomów (ostatni w Tybindze w 1861 r.).

⁴⁰ August Ludwig Reyscher profesor prawa z Tybingi (Eberhard-Karls-Universität Tübingen) i późniejszy (1844–1845) rektor tej uczelni, więcej: K. Riecke, *Reyscher, August Ludwig*, w: ADB, t. 13, Leipzig 1889, s. 360–368. Natomiast Wilhelm Eduard Wilda (1800–1856) był profesorem prawa z Halle (Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg), więcej informacji: J.A.R. v. Eisenhart: *Wilda, Wilhelm Eduard*, w: ADB, t. 42, Leipzig 1897, s. 491–493.

⁴¹ W wydanym w 1845 r. dziewiątym tomie nastąpiły istotne zmiany: do grona redakcji dooptowano nauczyciela Gierkego związanego wówczas z uniwersytetem w Greifswaldzie (Königliche Universität zu Greifswald) prof. Georga Beselera (1809–1888). W Polsce nazwisko „Beseler” kojarzymy *prima facie* z Gubernatorem Generalnym Generalnego Gubernatorstwa Warszawskiego (Generalgouverneur des Generalgouvernement Warschau) z czasów Wielkiej Wojny, Hansem Hartwigiem von Beselerem. To bardzo bliskie skojarzenie – interesujący nas Georg Beseler (1809–1888) był jego ojcem. Postaci tego wykładowcy na rozlicznych uniwersytetach (Bazylea, Rostock, Greifswald, Berlin) poświęcona jest obszerna monografia: B.-R. Kern, *Georg Beseler. Leben und Werk*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 1982.

⁴² O. v. Gierke, *Die historische Rechtsschule...*, s. 13.

⁴³ Johann Caspar Bluntschli (1808–1881) – szwajcarski prawnik i polityk, wykładowca na Universität Zürich (tam też krótko rektor), a także w Monachium i Heidelbergu, współwydawca dwunastotomowego *Deutsches Staatswörterbuch* (Stuttgart–Leipzig 1857–1870), prezydent II (Drezno 1861) i VIII (Heidelberg 1869) Niemieckiego Zjazdu Prawników. Zob. pracę: C. Metzner, *Johann Caspar Bluntschli. Leben, Zeitgeschehen und Kirchenpolitik 1808–1881*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main–Berlin–Bern–Bruxelles–New York–Oxford–Wien 2009.

⁴⁴ G. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, Weidmann'sche Buchhandlung, Leipzig 1843.

na najważniejszy atak. Mittermaier⁴⁵ i Christ⁴⁶ domagali się gorliwie niemiecko-prawnych wysiłków. Wszyscy owi ludzie uważali siebie za zwolenników historycznego pojmowania prawa⁴⁷.

Obcość obu kierunków potęgowała się. Przedstawiciele nurtu germanistycznego woleli się poruszać w kręgach podobnie myślących przedstawicieli innych nauk niż wśród swych romanistycznych kolegów, *vide*: udział w Zjazdach Germanistów (*Germanistentage*). Pierwszy z owych Zjazdów (1846), choć zwołany z inicjatywy Reyschera, miał wybitnie nieprawniczy charakter. Referaty wybitnego ucznia Leopolda von Ranke w osobie mediewisty Georga Waitza czy politykującego historyka Dahlmanna⁴⁸ albo teoretyka dziejów Johanna Droysena na temat niepodzielności Szlezwiku-Holsztyna wobec zakusów Kopenhagi, skądinąd ciekawe, w niewielkim tylko stopniu odnosiły się do materii prawa. A i tę dyskusję zaczynały przekształcać w wolne rozmowy o polityce tak, aż Reyscher złożył wniosek, aby nie wychodzić poza granice kongresu naukowego, zresztą odrzucony⁴⁹.

Gierke tak referuje tamte zaszczości: „Mówię naturalnie o Zebraniach Germanistów (*Germanistenversamlungen*) [Gierke używa nieprawidłowej nazwy; powinno być: „Zjazdach Germanistów” – dop. mój – M.K.], które obradowały we wrześniu 1846 r. w Kaisersalle we Frankfurcie nad Menem i we wrześniu 1847 r. w Kathause w Lubece. Tu powiązali się przedstawiciele niemieckiego prawa z badaczami niemieckiego języka i niemieckiej historii do wspólnego działania na rzecz niemieckiej istoty (*deutsches Wesen*). Nazwa germanistów, którą uprzednio nosili wyłącznie prawnicy, została świadomie przeniesiona na filologów i historyków⁵⁰.

Jak widzimy, Gierke wiernie oddaje przebieg zdarzeń, jednak sformułowania przez niego użyte świadczyć mogłyby o tym, że to prawnicy-germaniści

⁴⁵ Carl Joseph Anton Mittermaier (1787–1867) – profesor prawa na istniejącym przez krótki czas uniwersytecie w Landshut, potem wykładał w Bonn (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn), również polityk – czołowa postać południowoniemieckiego liberalizmu, życiorys: **H. Marquardsen**, *Mittermaier, Karl Josef Anton*, w: ADB, t. 22, Leipzig 1885, s. 25–33.

⁴⁶ Anton Christ (1800–1880), badeński prawnik i polityk.

⁴⁷ **O. v. Gierke**, *Die historische Rechtsschule...*, s. 13.

⁴⁸ Friedrich Christoph Dahlmann (1785–1860) profesor historii w Kilonii, członek Getyńskiej Siódemki (*Göttinger Sieben*) – grupy profesorów protestujących przeciw zniesieniu konstytucji hanowerskiej, autor wielokrotnie wznawianych historii rewolucji: angielskiej i francuskiej. Z najnowszych poświęconych mu prac: **T. Becker**, **W. Belek**, **T. Mayer** (wyd.), *Friedrich Christoph Dahlmann. Ein politischer Professor im 19. Jahrhundert*, V & R Unipress, Bonn University Press, Bonn 2012.

⁴⁹ **O. v. Gierke**, *Die historische Rechtsschule...*, s. 24.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 20.

zorganizowali wokół swoich haseł całą naukę niemiecką, co nie jest niczym innym niż refleksem *wishful thinking*.

Również romanisci pojawiali się w tych gremiach, a Otto von Gierke w związku z tym dostrzega nowe sygnały płynące ze Zjazdu w Lubece, pisząc, że „ich mówcy: von der Pfordten⁵¹ oraz Wächter gorąco bronili romanistycznego punktu widzenia, ale uznali dążenia germanistów”⁵². Stwierdzenie, jak na germanistę, wręcz epokowe; trudno jednak na tej podstawie wnosić o jakiejś rysującej się perspektywie koncyliacji czy chociażby wypracowania wiążącego *modus vivendi*. Profesor Ludwig baron von der Pfordten, stwierdzając, że *Corpus Iuris Civilis* jest prawem cały czas obowiązującym w Niemczech w stosunku do rzeczy, wywołał żywiołowy protest czołowego przywódcy germanistów profesora Beselera, gdy zaś stwierdzono, że rzymska kultura prawnicza i w ogóle Rzymianie nauczyli German „przynajmniej dla prawa prywatnego tego, co ogólnoludzkie (*das allgemein Menschliche*) i stojące ponad narodami”, Beseler odparł, że również Germanie partycypują w ludzkości, toteż „tego, co ogólnoludzkie nie potrzebowaliśmy czerpać od Rzymian”⁵³.

Co ciekawe, nawet w czasach Wiosny Ludów (*Völkerfrühling*) namiętności towarzyszące przedstawicielom frakcji tej samej szkoły nie wygasły, a „wojna rozgrywała się bardziej w ciszy i w licznych jednostkowych starciach”. Potrzeba było jeszcze kilka dekad wypełnionych wzajemnymi nieporozumieniami, zanim, by znów sięgnąć do słów bohatera naszych rozważań, „zwyciężyła całościowo świadomość, że romanisci i germanisci są odpowiedzialni do tego, by współuczestniczyć z różnych stron we współpracy na rzecz odbudowy narodowego prawa”⁵⁴.

Wizualizacją zwycięstwa owej świadomości był pierwszy zjazd prawników, który obradował w Berlinie (28–30 VIII 1860 r.) pod przewodnictwem romanisty Wächtera: „W tym samym sensie został zwołany w roku 1860 Niemiecki Zjazd Prawników, na którym(ych) odtąd spotykali się przedstawiciele rzymskiej i germańskiej nauki prawa z ludźmi jurystycznej praktyki, by spożytkować swe połączone siły dla przyszłości prawa narodowego”⁵⁵ – stwierdza Gierke. A były to lata dla owej przyszłości bardzo istotne.

⁵¹ Ludwig Karl Freiherr von der Pfordten (1811–1880) profesor prawa rzymskiego na Julius-Maximilians-Universität Würzburg, później na uniwersytecie lipskim (dwukrotny rektor tej uczelni), aktywny polityk – m.in. przez dziesięć lat minister spraw zagranicznych Królestwa Bawarii; biografia: **K. Wippermann**, *Pfordten, Ludwig Karl Heinrich Freiherr*, w: ADB, t. 25, Leipzig 1887, s. 695–701.

⁵² **O. v. Gierke**, *Die historische Rechtsschule...*, s. 29.

⁵³ *Ibidem*, s. 29–30.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 31.

⁵⁵ *Ibidem*.

5. BGB – kulminacja sporu

Zjednoczenie Niemiec, które nie przyjęły kształtu państwa unitarnego, a były wyrazem trwałego kompromisu między terytorializmem i centralizmem⁵⁶, nie narzucało *per se* konieczności kodyfikacji poszczególnych gałęzi prawa, jednak w wielu przypadkach to uczyniono⁵⁷. Najambitniejszym planem pozostawało stworzenie jednolitego dla całej Rzeszy kodeksu cywilnego. W procesie kształtowania obowiązującego do dziś *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) starły się poglądy w zasadzie samych, bliższych bądź dalszych, uczniów Savigny'ego, wśród których romaniści dominowali w dobie projektu, a germaniści byli ich namiętnymi krytykami.

Kalendarium zdarzeń ruszyło, gdy na wniosek dwóch posłów narodowo-liberalnych uchwalono tzw. *Lex Miquel-Lasker*, czyli *Gesetz, betreffend die Abänderung der Nr. 13 des Artikels 4 der Verfassung des Deutschen Reichs*⁵⁸, dzięki któremu ustawodawstwu Rzeszy podlegać będzie nie tylko prawo zobowiązań jak dotychczas, lecz „całe prawo cywilne”. W tym celu Bundesrat powołał pierwszą komisję (22 VI 1874 r.), złożoną z dwóch uczonych prawników: romanisty Windscheida i germanisty Rotha oraz dziewięciu sędziów i urzędników, której owocem prac był I Projekt (*Erster Entwurf*)⁵⁹. Powiadano, że miał on, nie tylko wśród wielbicieli germańskich ujęć prawnych, „katastrofalnie złe przyjęcie”, a zdaniem Gierkego (nb. kiedyś był on brany pod uwagę jako członek komisji) projekt wyrażono w tak abstrakcyjnym języku, że go „*«laik» niewiele lepiej rozumie niż łacinę Corpusu juris*”, a wszystko, co w nim istotne „wypływa z konsekwentnie indywidualistycznego, kapitalistycznego

⁵⁶ Obszerne omówienie w pracy: **M. Kopczyński**, *Między konserwatyzmem i nacjonalizmem. Myśl polityczna Ottona von Bismarcka*, Wydawnictwo Mado, Toruń 2012, s. 322–375.

⁵⁷ Co ciekawe, kilka kodyfikacji uczyniono jeszcze przed zjednoczeniem (obowiązały w całym Związku Niemieckim) i były to: *Allgemeine Deutsche Wechselordnung* (1848) oraz *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* (ADHGB) (1861), traktowane przez niektórych badaczy jako „początek powstającej niemieckiej władzy prawniczej” (**K. v. Pannwitz**, *Die Entstehung der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung. Ein Beitrag zur Geschichte der Vereinheitlichung des deutschen Zivilrechts im 19. Jahrhundertn*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main–Berlin–Bern–New York–Paris–Wien 1998, s. 214).

⁵⁸ RGBI.1873, Nr. 34, poz. 978, s. 379.

⁵⁹ *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrathe berufene Kommission*, Verlag von J. Guttentag (D. Collin), Berlin–Leipzig 1888. Projekt został opublikowany wraz z uzasadnieniami zwanymi Motywami (*Motive*) – *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, t. 1–5, Verlag von J. Guttentag (D. Collin), Berlin–Leipzig 1888.

i antywspólnotowego punktu widzenia”⁶⁰. Projektowane przepisy, określające kształt umowy o świadczenie usług (Dienstvertrag, § 611 i ns. BGB), jak również te przesądzające o absolutnej wolności zawierania umów (Vertragsfreiheit, § 311 BGB), korzystania z prawa własności (Eigentumsfreiheit, § 903 BGB) czy testowania (Testierfreiheit, § 1937 BGB) zamiast ochrony „słabego wobec mocnego, dobra wspólnego wobec egoizmu jednostki” generują stan, który nazywa „«bellum omnium contra omnes» w legalnej formie”⁶¹.

W ramach walki z koncepcją nieograniczonego prawa własności krytykuje m.in. brak przepisu o zakazie szykanowania, czyli takiego wykonywania swego prawa, które szkodzi innym (dziś znajduje się on w § 226 BGB)⁶². Również inne postulaty Gierkego zostały uwzględnione w ostatecznym brzmieniu kodeksu. Mam tu na myśli intensywnie krytykowany przez berlińskiego profesora zapis sformułowany w projekcie, wedle którego darczyńca (*Schenker*) nie może żądać, aby obdarowany (*Beschenkte*) zapewnił mu utrzymanie w razie niedostatku⁶³. Zgodnie z zaleceniami Gierkego regulujący tę materię w ostatecznym brzmieniu § 519 BGB daje prawo do skorzystania z instytucji zwanej zarzutem wynikającym z konieczności zaspokojenia minimum egzystencji (*Einrede des Notbedarfs*). To tylko niektóre ingerencje Gierkego, które wpłynęły na ostateczny kształt BGB⁶⁴.

6. Zakończenie

Na zakończenie przyjrzyjmy się, co bohater naszych rozważań sądzi o przyszłości szkoły z perspektywy roku 1903.

Na myśl przychodzi kilka możliwości. Na przykład, że Gierke uzna, iż historyzm w prawie był fenomenem ściśle związanym ze swym stuleciem, a w nowym dwudziestym wieku jego postulaty zakrawają o anachronizm. W tym sensie jego berlińskie wystąpienie w 1903 r. służyłoby jedynie rekapitulacji dla zebranych

⁶⁰ **O. v. Gierke**, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig 1889, s. 23.

⁶¹ **O. v. Gierke**, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Vortrag gehalten am 5. April 1889 in der juristischen Gesellschaft zu Wien*, Verlag von Julius Springer Berlin 1889, s. 29.

⁶² **M. Martinek, J. Poczobut**, *Friedrich Karl...*, s. 338.

⁶³ **O. v. Gierke**, *Der Entwurf eines...*, s. 202.

⁶⁴ Pełne omówienie stosunku Gierkego do proponowanego kształtu przyszłego kodeksu w dwóch bardzo wartościowych pracach: **T. Haack**, *Otto von Gierkes Kritik am ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main–Berlin–Bern–New York–Paris 1997 oraz **Ch.-M. Pfennig**, *Die Kritik Otto von Gierkes am ersten Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches*, Cuvillier Verlag, Göttingen 1997.

w uniwersyteckiej auli słuchaczy etapów rozwoju refleksji, wówczas mającej rację bytu, lecz bez jakiegokolwiek oddziaływania na aktualne koncepcje prawne. Albo, że berliński profesor w ramach swych diagnoz wieścić będzie kres jednego z nurtów, a przed drugim rozpościerać widoki na udaną przyszłość. Jest też jeszcze jedna alternatywa – ogólna koncyliacja zwaśnionych przedstawicieli nurtów romanistycznego i germanistycznego i finalnie odrodzenie jedności szkoły.

Otóż żadnej z powyższych ewentualności Otto von Gierke nie brał pod uwagę jako prawdopodobnego rozwoju wypadków. Zdaniem jego nikt i nic nie zniweczy dalszej egzystencji obu nurtów, które jednak rozwijać się będą nie w symbiozie, lecz w separacji, gdyż, jak powiada, dyferencjacja „między romanistyką i germanistyką nie zniknęła i w dającym się przewidzieć czasie nie zaniknie”⁶⁵. Jednak rzeczona separacja (*die Sonderung*) nie jest czymś naganym czy niebezpiecznym, jeśli tylko zadba się o respektowany przez obie strony podział zadań. Gierke ma tu gotowy plan: „Tak, więc dalej będą także romaniści i germaniści [...] i przecież przeciwieństwo między nimi nie obumrze [...]. Romaniści będą kontynuować wykorzystywanie podług możliwości wielkich arcydzieł rzymskiego kunsztu prawniczego dla obowiązującego prawa. Germaniści z kolei nie zrezygnują z reprezentowania samodzielnych właściwości ojczyźnianej myśli prawnej (*vaterländischen Rechtsgedanken*) i z rozwijania niemiecko-prawnej zawartości naszego prawa w sensie jego narodowego ukształtowania. Także na wspólnym gruncie wywalczonego jednolitego prawa ustawowego (*einheitlichen Gesetzesrecht*) nie zabraknie walki. Bez walki nie ma życia! (*Ohne Kampf kein Leben!*)”⁶⁶. Owa walka (*Kampf*) może przybierać postać sporu (*Streit*) bądź wojny (*Krieg*). Jak się zaraz przekonamy, Gierke podkreśla znaczenie prawidłowo rozłożonych akcentów. W ramach sporu możliwa jest współpraca, wojna zaś jest skutkiem przeciwieństw natury egzystencjonalnej, nie do załagodzenia. Ten typ narracji dochodzi do głosu w następującym fragmencie: „Szkole historycznej w żadnym czasie nie brakowało wrogów i nigdy jej ich nie zabraknie. W śmiertelnej wrogości do niej żyje koniecznie radykalizm, którego inaczej nie można nazwać jak jusnaturalistyczny. Wrogo odnosi się do niej goły pozytywizm (*der nackte Positivismus*), dla którego prawo w danym akcie prawnym i wymiar sprawiedliwości realizuje się w rękodzielniczej technice. [...] Tak rozpętana wojna (*Krieg*) jest dla terażniejszości nieporównywalnie ważniejsza niż domowy spór (*der häusliche Streit*) między romanistyczną i germanistyczną jurysprudencją”⁶⁷.

⁶⁵ O. v. Gierke, *Die historische Rechtsschule...*, s. 32.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 33.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 34.

Mimo iż wśród zwolenników innych szkół prawa próżno szukać sojuszników, a co więcej, wrogie tendencje nasilają się i przybierają coraz to bardziej wyrafinowane formuły, Gierke nie uderza w przesadnie alarmujące tony. W jego przeświadczeniu kierunek romanistyczny, ale i germanistyczny (co szczególnie napawa go radością) mają dla siebie wieczność. Wystawione na próbę, gdyż między sobą częstokroć uwikłane w „spór”, a w razie zagrożenia swych pozycji przymuszone do „wojny” z jusnaturalistycznym „radykalizmem” i „gołym” pozytywizmem, są jednak nie do wyeliminowania z umysłów i serc jurystów, tak długo, jak tylko trwać będzie refleksja prawnicza w Niemczech.

Bibliografia

Akty prawne

- Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), „Reichsgesetzblatt“ (RGBl.) vom 21. August 1896, Nr. 21, poz. 2321, s. 195–604.
Gesetz, betreffend die Abänderung der Nr. 13 des Artikels 4 der Verfassung des Deutschen Reichs, „Reichsgesetzblatt“ (RGBl.) vom 20. Dezember 1873, Nr. 34, poz. 978, s. 379.

Opracowania

- Beseler Georg**, *Volksrecht und Juristenrecht*, Weidmann'sche Buchhandlung, Leipzig 1843.
Gierke Otto von, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten. Rede zur Gedächtnisfeier des Stifters der Berliner Universität König Friedrich Wilhelm III in der Aula derselben am 3. August 1903 gehalten*, Buchdruckerie von G. Schade (O. Francke), Berlin 1903.
Gierke Otto von, *Naturrecht und Deutsches Recht. Rede zum Antritt des Rektorats der Universität Breslau am 15. Oktober 1882 gehalten*, Verlag Rütten & Loening, Frankfurt am Main 1883.
Gierke Otto von, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Vortrag gehalten am 5. April 1889 in der juristischen Gesellschaft zu Wien*, Verlag von Julius Springer, Berlin 1889.
Grzybowski Konstanty, *O miejscu niemieckiej szkoły historycznej w rozwoju nauki prawa*, Czasopismo Prawno-Historyczne 1956/VIII/2.
Haack Thomas, *Otto von Gierkes Kritik am ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main–Berlin–Bern–New York–Paris 1997.
Kopczyński Mariusz, *Między konserwatyzmem i nacjonalizmem. Myśl polityczna Ottona von Bismarcka*, Wydawnictwo Mado, Toruń 2012.
Kopczyński Mariusz, *Reforma ustroju miast pruskich barona vom und zum Steina z 19 listopada 1808 roku w organistycznej interpretacji Ottona von Gierke*, Studia Prawno-Ekonomiczne 2015/XCVI.
Martinek Michael, **Poczobut Jerzy**, *Otto von Gierke (1841–1921). Życie i dzieło*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2008/XVII/2.
Opalek Kazimierz, *Szkoły w teorii prawa*, w: Janusz Goćkowski, Andrzej Siemianowski (red.), *Szkoły w nauce*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1981.
Opalek Kazimierz, **Wróblewski Jerzy**, *Niemiecka szkoła historyczna w teorii prawa*, Przegląd Nauk Historycznych i Społecznych 1954/V.

Pannwitz Kurt v., *Die Entstehung der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung. Ein Beitrag zur Geschichte der Vereinheitlichung des deutschen Zivilrechts im 19. Jahrhundertn*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main–Berlin–Bern–New York–Paris–Wien 1998.

Pfennig Christian-Matthias, *Die Kritik Otto von Gierkes am ersten Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches*, Cuvillier Verlag, Göttingen 1997.

Savigny Carl von, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Verlag Mohr und Zimmer, Heidelberg 1814.

Schulte-Nölke Hans, *Die schwere Geburt des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Neue Juristische Wochenschrift 1996/49/27.

Thibaut Anton F.J., *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Verlag Mohr und Zimmer, Heidelberg 1814.

Strony internetowe

http://mises.pl/pliki/upload/Radoslaw_Wojtyszyn_Szkola_prawa_natur_od_Hugona_Groju-sza_do_Johna_Lockea.pdf; stan na 29.12.2017 r.

<https://www.hu-berlin.de/de/ueberblick/geschichte/rektoren/klenze>; stan na 8.12.2017 r.

<https://www.hu-berlin.de/de/ueberblick/geschichte/rektoren/rudorff>; stan na 22.01.2018 r.

http://www.kb.dk/da/nb/materialer/haandskrifter/jyskelov/jyske_lov.html.; stan na 19.01.2018 r.

http://www.savigny-zeitschrift.com/fileadmin/user_upload/ZRG/Stiftung/Ogris_ueber_125_aus_RA-2008.pdf, s. 2; stan na 20.12.2017 r.

https://pl.wikipedia.org/wiki/Otto_von_Gierke; stan na 29.12.2017 r.

Mariusz KOPCZYŃSKI

OTTO VON GIERKE ON THE DISPUTE BETWEEN GERMANISM AND ROMANISM IN THE GERMAN HISTORIC LAW SCHOOL

(Summary)

The aim of the article is to present the phenomenon of German historic law school as it was perceived by the Otto von Gierke German historian and theorist of law. This perspective is an interesting one as the Berliner professor was also a participant of the commented events (at their finals stage), however it only partially influenced his objectivity. Moreover fresh and almost direct outlook of the German thinker is quite valuable.

The Author of the article describes the genesis and evolution of the school which in fact was a contamination of two straits of legal reflection: Romanism and Germanism. In different periods those straits remained both in symbiotic relations or (more often) in furious straggles undermining the initial unity of Historische Rechtsschule. Both were important in the history of German legal reflection. The final shape of a central German codification of private law – BGB was the result of the internal tensions within this school.

The articles presents these occurrences and sums up the results of Polish researches on Gierke and German historic school.

Keywords: Gierke; German historic law school; Romanists; Germanists